

Edilizia e Territorio

Esclusioni dalle gare/2. I paletti di legittimità nelle ultime pronunce del Consiglio di Stato

6 ottobre 2016 - A cura della redazione di PlusPlus24 Diritto

La rassegna di giurisprudenza su appalti, edilizia privata e urbanistica

Appalto pubblico - Gara - Esclusione - Requisiti - Potere discrezionale della PA e delle SA - Lex specialis - Clausola che obblighi all'applicazione di uno specifico CCNL - A pena di esclusione - Limiti - Fattispecie relativa ad appalto di servizio autoespurgo e servizi di smaltimento rifiuti.

Rientra nella discrezionalità della pubblica amministrazione e delle stazioni appaltanti disporre i contenuti dei servizi da affidare mediante gara, quale aspetto caratteristico del merito amministrativo, ed all'interno di queste scelte è rimessa sempre alla stazione appaltante la scelta dei requisiti da richiedere e tra questi non può essere l'applicazione di un determinato contratto collettivo nazionale di lavoro, qualora una o più tipologie di questi si possano adattare alle prestazioni da affidare all'aggiudicatario; l'indicazione dell'applicazione di uno specifico CCNL può eventualmente essere indicata nella legge di gara, anche a pena di esclusione, ma certo è che tale clausola deve rispondere ad una ferrea logica di correlazione tra requisiti da indicare e prestazioni da appaltare, perché in caso contrario il principio del favor participationis ne risulterebbe gravemente sminuito e la legge di gara sarebbe stata emanata in assoluta violazione del principio di concorrenza.

Consiglio di Stato, Sezione 5, Sentenza 5 ottobre 2016, n. 4109

Appalto pubblico - Gara - Esclusione - Per violazione della lex specialis - Clausola del bando che onera l'impresa all'elencazione analitica delle risorse dell'impresa avvalente - Illegittimità per violazione dell'art. 49 d.lgs. n. 163 del 2006 - Non sussiste - Legittimità dell'esclusione dalla gara - Fattispecie relativa all'affidamento dei lavori infrastrutturali della "Città dei giovani e dell'innovazione" in Campania.

La clausola prevista nella lex specialis che preveda l'elencazione tassonomica delle risorse messe a disposizione dall'impresa avvalsa non costituisce violazione dell'art. 49 del d.lgs. n. 163 del 2006 in quanto non introduce ulteriori ed inammissibili cause di esclusioni rispetto a quelle contenute nel codice degli appalti; piuttosto, tale clausola non è altro che un uniformarsi a quello che è l'orientamento giurisprudenziale che afferma la necessaria indicazione specifica delle risorse messe a disposizione con il contratto d'avvalimento (ex multis, Cons. Stato, sez. V, 6 giugno 2016, n. 2384; 16 marzo 2016, n. 1039; 15 marzo 2016, n. 1032; sez. IV, 3 marzo 2016, n. 880). E' dunque legittima l'esclusione dalla gara dell'impresa che qualora onerata dal bando, in caso d'avvalimento, ometta d'indicare nel dettaglio le risorse economiche, i mezzi, le attrezzature, i beni materiali ed il numero degli addetti messi a disposizione dall'impresa avvalsa.

Consiglio di Stato, Sezione 5 Sentenza 2 settembre 2016, n. 3792

Appalto pubblico - Gara - Esclusione - Requisiti oggettivi - Capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa richiesti dalla lex specialis - Prova del possesso - Termine per la presentazione della documentazione - Dieci giorni dalla data della richiesta - Ex art. 48, comma 2, D.lgs. 163 del 2006 - Perentorietà ed essenzialità del termine - Mancata osservanza - Non sanabile - Esclusione immediata dalla gara - Fattispecie relativa a servizio di smontaggio degli arredi dei rotabili tipo Frecciabianca.

Ai sensi dell'articolo 48, comma 2, D.lgs. 163 del 2006 l'aggiudicatario, e il secondo classificato, devono presentare la documentazione comprovante il possesso dei requisiti tecnico - organizzativi ed economico - finanziari entro il termine di 10 giorni dalla data della richiesta e tale termine ha natura perentoria (in tal senso - ex multis -: Cons. Stato, Ad. Plen. 10 del 2014; id., V, 4765 del 2015). Il carattere perentorio ed essenziale del termine di cui al comma 2 dell'articolo 48, nonché la riconosciuta finalità acceleratoria della sua fissazione e le conseguenze immediatamente escludenti dal procedimento di gara, che derivano dalla sua violazione, non consentono di accordare al concorrente, che tale violazione abbia commesso, il beneficio dell'errore scusabile, ovvero la sostanziale rimessione in termini connessa all'applicazione del c.d. 'soccorso istruttorio' di cui all'articolo 38, comma 2-bis del decreto legislativo n. 163 del 2006.

Consiglio di Stato, Sezione 5, Sentenza 31 agosto 2016, n. 3753

Appalto pubblico - Gara - Esclusione - Requisiti di ordine generale - Ex art. 38, comma 1, lett. a) DLg. 163 del 2006 (formulazione originaria) - Impresa sottoposta a concordato preventivo di continuità o in pendenza di una procedura per la sua dichiarazione ex art. 33 del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83 - Prima del dicembre 2013 - Valenza escludente dalle gara non sanabile con l'applicazione del decreto-legge n. 145 del 23 dicembre 2013 - Efficacia ex nunc (da ora in poi) del decreto-legge n. 145

del 2013 - Legittimità dell'esclusione dalla gara - Fattispecie relativa l'aggiudicazione dei lavori per la realizzazione della circonvallazione dell'abitato di Cles.

Nella sua originaria formulazione l'articolo 38, comma 1, lettera a), del D.lgs. 163 del 2006 connetteva valenza escludente dalle gare alla sola sottoposizione dell'impresa interessata a una procedura per concordato preventivo ovvero alla sola pendenza di un procedimento finalizzato alla sua dichiarazione. Successivamente, nel dicembre 2013, l'emanazione del decreto-legge n. 145 del 2013 ha modificato in modo significativo la situazione stabilendo - con previsione dalla valenza innovativa e non meramente ricognitiva, - che l'impresa per la quale fosse pendente un ricorso finalizzato alla dichiarazione del concordato con continuità, introdotto dall'articolo 33 del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83, potesse comunque partecipare alle pubbliche gare previa autorizzazione da parte del Tribunale competente, previo parere del Commissario giudiziale (ove nominato). Il decreto legge n. 145 del 2013 non può però trovare applicazione per procedure o pendenze di procedimenti anteriori al dicembre 2013 in quanto ha sì inteso colmare le difficoltà connesse all'impossibilità di partecipazione scaturenti dall'originaria formulazione del decreto-legge n. 83 del 2012 e, con esso, dall'articolo 186-bis della legge fallimentare e dall'articolo 38, comma 1, lettera a) del previgente Codice dei contratti pubblici, ma con evidente efficacia ex nunc.

Consiglio di Stato, Sezione 5 Sentenza, 16 agosto 2016, n. 3639

© RIPRODUZIONE RISERVATA